

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4593/05

בפני: כבוד הנשיא (בדימ') א' ברק  
כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד השופט ס' גובראן

העותר: בנק המזרחי המאוחד בע"מ

נגד

המשיבים: 1. ראש הממשלה  
2. היועץ המשפטי לממשלה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: א' בסיון התשס"ו (28.05.2006)

בשם העותר: עו"ד רנאטו יאראק

בשם המשיבים: עו"ד אורית קורן; עו"ד א' סונדולינסקי

### פסק-דין

הנשיא (בדימ') א' ברק:

חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 קובע, בין השאר, הוראות באשר לפרעון מוקדם של הלוואה שלהבטחתה שועבדו זכויות בבית מגורים שפונה בעקבות יישום תוכנית ההתנתקות. נקבע כי בגין הפרעון המוקדם לא ייגבה כל תשלום (סעיף 102(ב)). לטענת הבנק המלווה – שנמנעת ממנו עמלת הפרעון המוקדם – הוראה זו אינה חוקתית. האם הדין עם הבנק – זו השאלה הניצבת בפנינו.

1. חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 (להלן – חוק יישום ההתנתקות) הינו המסגרת הנורמטיבית על פיה פונו ישראלים ונכסיהם מחבל עזה ומשטח בצפון השומרון ופוצו על נזקיהם. החוק קובע הסדרים בעניין הפינוי ובעניין הפיצוי. חוקתיותו של החוק עמדה לבחינה בפני בית משפט זה (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481; להלן – פרשת המועצה האזורית חוף עזה). כל העתירות באשר לחוקתיות הפינוי נידחו. בכל הנוגע לחוקתיות הפיצוי נידחו העתירות למעט בארבעה עניינים שבהם הוחלט לעשות את הצו-על-תנאי מוחלט. ארבעה עניינים אלה אינם נוגעים לעתירה שלפנינו.

2. חוק יישום ההתנתקות כולל פרק הדין ב"מנגנוני התשלומים" (פרק ו'). במסגרתו נקבעו הסדרים הנוגעים לנושים מובטחים (בדרך כלל בנקים) אשר הזכויות ששועבדו לטובתם הן זכויות לגבי מקרקעין בשטח המפונה אשר שימשו למגורי בעל הזכות. חוק יישום ההתנתקות קבע, כנקודת מוצא, כי כל זכות מכל סוג שהוא של תושב, תאגיד או רשות מקומית ישראלים לגבי מקרקעין בשטח המפונה, המנוהלים על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, בטלה (סעיף 28). על רקע זה נקבעו מספר הסדרים הנוגעים להלוואות שנטלו ישראלים שמתגוררים בשטח המפונה ממלווים ישראלים, ואשר כבטוחה להלוואה קיבלו המלווים זכויות בדירת מגוריו של הלווה. עם ביטול הבטוחה נולדה לעתים למלווה הזכות להעמיד את ההלוואה לפרעון מידי. זאת ועוד: מקום שהלווה מבקש לפרוע את ההלוואה לפרעון מוקדם, זכאי לעתים המלווה לתשלום (עמלה) בגין הפרעון המוקדם. כדי למנוע תוצאות אלה נקבע בסעיף 102 לחוק יישום ההתנתקות הסדר מיוחד. על פיו, פינוי דירת המגורים אינה עילה להעמדת ההלוואות לפרעון מידי. אשר לעמלה נקבע ההסדר הבא:

"(ב) על אף האמור בכל דין ובכל הסכם, לא ייגבה קנס או תשלום בשל פירעון מוקדם של הלוואה שלהבטוחתה שועבדו זכויות לגבי בית מגורים של הזכות לפיצויים בשל אותם בתי מגורים".

על פי הסדר זה, אם הלווה מחליט על פרעון מוקדם, נשללת מהמלווה הזכות לגבות עמלה בגין פרעון זה.

3. העותר הוא בנק אשר לתוכו התמזג בנק טפחות, שהוא בנק למשכנתאות. בנק טפחות העניק מאה חמישים ושמונה הלוואות שונות לתושבים ישראלים מהשטח המפונה. חלקן של הלוואות אלה עשוי להיפרע בפרעון מוקדם. לאור הוראת החוק נשללת מהבנק העותר עמלת פרעון מוקדם. על פי נתוני הבנק המעודכנים שנמסרו לנו במהלך הטיעונים בפנינו, חלק ניכר מהלווים ביקשו לבצע פרעון מוקדם של הלוואותיהם. כתוצאה מכך נזקו של הבנק מגיע לסכום העולה על מיליון ש"ח. לטענתו, יש בכך פגיעה בזכות הקניין שלו. פגיעה זו אינה מקיימת, לטענת הבנק, את הוראותיה של פסקת ההגבלה. תכליתה של הפגיעה אינה ראויה, שכן היא מטילה נזק זה על הבנק ולא על המדינה. הפגיעה בזכות הקניין אינה מידתית.

4. המשיבים מבקשים כי נדחה את העתירה. באת כוח המדינה חזרה על עמדתה של המדינה, כפי שהוצגה בפנינו בפרשת המועצה האזורית חוף עזה, על פיה תוכנית ההתנתקות היא מעשה שלטוני מובהק שהפך המדיני-ביטחוני מהווה בו את עיקר טיבו. כן הודגש בתשובת המדינה כי המקרה שלפנינו אינו אחד מאותם מקרים נדירים בו יש מקום להכריז על בטלותה של הוראת חוק. לגוף העניין נטען כי הוראת סעיף 102(ב) לחוק יישום ההתנתקות אינה גורמת לפגיעה משמעותית ומהותית בזכות הקניין של הבנק. רק פגיעה בעלת עוצמה זו מעוררת בעיה חוקתית. כן נטען כי גם אם מניחים שזכות הקניין של הבנק נפגעה, הרי פגיעה זו היא לתכלית ראויה והיא מידתית.

5. עם פתיחת הדיון בעתירה (ביום 19.9.2005) המלצנו בפני הבנק העותר, למשוך את העתירה. הצבענו על כך כי על פי נתוני הבנק הנטל הכספי אינו כבד, וביקשנו מהבנק לשקול אם בנסיבות אלה ראוי הוא, מנקודת מבטו שלו, לעמוד על השאלות שהעתירה מעוררת. הדגשנו כי אין בהמלצתנו זו נקיטת עמדה לגופה של העתירה, כשם שבמשיכתה אין משום ויתור על טענה כלשהי. בתשובתו (מיום 10.10.2005) הודיע הבנק כי לאחר ששקל בדבר, הוא מבקש להמשיך בעתירה. לאור מצב דברים זה שמענו (ביום 28.5.2006) טיעונים בעל-פה של כל הצדדים. לאחר סיומם היפנה הבנק העותר את תשומת ליבנו להצעת חוק פרטית שעניינה פדיון הבית, התשס"ו-2006. על פי הצעה זו יחול ההסדר הקבוע בסעיף 102(ב) לחוק יישום ההתנתקות גם בהסדרים עתידיים. כן קיבלנו את תגובת המשיבים להצעה זו. עתה הגיעה העת לפסוק את הדין.

6. טענה בדבר אי חוקתיותו של חוק בשל פגיעתו בהוראה המעוגנת בחוק יסוד, מעוררת שלוש שאלות משנה (ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם); להלן – פרשת התנועה לאיכות השלטון): האחת, האם החוק אכן פגע בהסדר הקבוע בחוק-יסוד. כך, למשל, חוק הדן בסדרי שלטון, והשאלה הינה אם הוראותיו פוגעות בהוראת סדרי שלטון הקבועה בחוק-יסוד (כגון, חוק-יסוד: הממשלה). הוא הדין בחוק הקובע הסדר אשר עניינו זכות אדם, השאלה הינה אם החוק פגע באותה זכות המוגנת בחוק יסוד רלבנטי, כגון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או חוק-יסוד: הכנסת. אם התשובה הינה בשלילה, מסתיימת הבדיקה החוקתית (ראו למשל בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503; בג"ץ 366/03 עמותת מחוייבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם)). אם התשובה הינה בחיוב, יש לעבור לשאלת המשנה השנייה. שאלה זו בוחנת אם הפגיעה בהסדר החוקתי היא כדין. אמת, חוק רגיל אינו יכול לשנות הסדר הקבוע בחוק יסוד. לשם כך נדרש חוק יסוד (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 404; להלן – פרשת בנק המזרחי המאוחד; בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206; להלן – פרשת אבני; בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750). עם זאת, חוק רגיל יכול לפגוע בהסדר הקבוע בחוק יסוד, ובלבד שפגיעה זו היא כדין. פגיעה זו משמעותה קביעת הסדר הסותר או הנוגד את הוראות חוק היסוד מבלי שהוא נועד לשנותה. אכן, לעתים קרובות ההסדרים החוקתיים אינם "מוחלטים" אלא "יחסיים". הם מאפשרים פגיעה בהם, ובלבד שפגיעה זו מקיימת את דרישותיו של חוק היסוד. בתחום זכויות האדם מבטא מצב דברים זה את יחסיותן של זכויות האדם. הוא משקף את ההבחנה הבסיסית בין היקפה של הזכות ותחומיה לבין מידת ההגנה עליה ואפשרויות הגשמתה (ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם); להלן – פרשת עדאלה; בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (טרם פורסם); להלן – פרשת שינוי). הדרישות החוקתיות המאפשרות פגיעה בהסדרים החוקתיים עשויות להיות מפורשות, כגון פסקאות ההגבלה החרוטות הקבועות בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. דרישות אלה יכולות להשתמע מהוראותיו של חוק היסוד, המתפרשות על רקע המבנה החוקתי הכללי על דרך של פסקאות הגבלה שיפוטיות (ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 70, 76; להלן – פרשת הופנונג; ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש

ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793). אם הפגיעה בהסדר הקבוע בחוק היסוד היא כדין, מסתיימת הבדיקה החוקתית (ראו בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 188; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח במשרד העבודה והרווחה (טרם פורסם)); אם הפגיעה אינה כדין יש לעבור לבחינתה של שאלת המשנה השלישית. עניינה של זו בתוצאות אי החוקתיות.

השלב הראשון: האם נפגעה זכות חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד?

7. הבנק העותר טוען כי סעיף 102(ב) לחוק יישום ההתנתקות פוגע בזכותו החוקתית לקניין. סעיף זה קובע כי על אף האמור בדין או בהסכם "לא ייגבה... תשלום בשל פירעון מוקדם של הלוואה שלהבטחתה שועבדו זכויות לגבי בית מגורים של הזכאי לפיצויים בשל אותו בית מגורים". הוראה זו מניחה מצב דברים שבו ישראלי מהשטח המפונה נטל הלוואה שלהבטחתה שיעבד את זכויותיו בבית מגורים בשטח המפונה. עם הפינוי זכאי הלווה לפיצויים בגין אותו בית מגורים. הוא מבקש לבצע פרעון מוקדם של הלוואה באמצעות כספי הפיצויים. על פי הוראות החוזה שבין המלווה ללווה, זכאי המלווה לגבות מהלווה תשלום מיוחד בגין הקדמת הפרעון. הוראתו של סעיף 102(ב) שוללת מהמלווה זכותו זו. האם שלילה זו פוגעת בזכותו החוקתית של המלווה לקניין?

8. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע (סעיף 3):

"אין פוגעים בקנינו של אדם".

בכך הכריעה הכנסת, כרשות מכוונת, בעד תפיסה הדוגלת כי יש להעניק לקניין מעמד חוקתי. תפיסה זו אינה מובנת מאליה (ראו אדרעי, "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיבית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם", משפטים כח 461 (1997); דותן, "המעמד החוקתי של זכות הקניין", שם, עמ' 535; פרוקצ'יה, "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית", שם, עמ' 621). הפתרון לשאלה אם ראוי הוא ליתן לזכות הקניין מעמד חוקתי-על-חוקי שנויה במחלוקת במשפט ההשוואתי (ראו G. S. Alexander, The Global Debate Over Constitutional Property: Lessons For American Taking Jurisprudence (2006); A. J. Van der Walt, Constitutional Property Clauses (1999)). אכן, לעתים מוצאת עצמה חברה במצב שבו היא סבורה כי ההגבלות שעליה להטיל על הקניין הן כה רבות ומקיפות, עד

כי אין צידוק להעניק לקניין מעמד חוקתי. כך הדבר בקנדה. הקניין אינו זוכה להגנה החוקתית הקבועה בצ'רטר הקנדי על דבר זכויות וחירויות (ה- Canadian Charter of Rights and Freedoms). בהודו הוכר הקניין כבעל מעמד חוקתי (סעיף 19(1)(f) לחוקת הודו מ-1950). שינוי חוקתי (ב-1978) הביא לביטולו של סעיף זה. חוקתיותו של השינוי החוקתי עמדה לבחינה במספר פסקי דין של בית המשפט העליון של הודו (ראו Minerva Mills, Ltd. V. Union of India, AIR 1980 SC 1789). בחוקת דרום אפריקה זוכה הקניין להגנה חוקתית (סעיף 25). הוא הדין בחוק היסוד הגרמני (סעיף 14). מגמה דומה ניתן למצוא באמנה האירופאית בדבר זכויות האדם (ה- European Convention on Human Rights). באמנה המקורית (מ-1950) לא נכללה הוראה בדבר הגנת הקניין. בפרוטוקול הראשון (Protocol No. 1 (1952) בסעיף 5) הוספה הוראה בעניין זכות הקניין. השאלה המתעוררת בישראל אינה, איפוא, אם לקניין ניתן מעמד חוקתי, שהרי התשובה לה אינה בחיוב. השאלה הינה מה היקף פריסתה של זכות הקניין. השאלה הינה "קניין" זה מהו ולמי מוענקת הזכות החוקתית? האם היא מוענקת לכל אישיות משפטית (כמו הבנק העותר) או רק לבן-אדם בשר ודם. נעמוד בקצרה על שתי שאלות אלה.

9. השאלה "קניין מהו" התעוררה במספר פסקי דין. התשובה עליה אינה פשוטה כלל ועיקר. הקושי נובע מהמורכבות של המושג העיוני "קניין" ומחוסר ההסכמה באשר לטעמים המונחים בבסיסו (ראו ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 936, וכן י' ויסמן, דיני קניין – חלק כללי (כרך ראשון, תשנ"ג); ח' דגן, קניין על פרשת דרכים (2005) 20). דומה שהכל מסכימים כי הקניין בחוק היסוד משתרע על כל הזכויות הקנייניות למיניהן כמשמעותן במשפט הפרטי. כמו כן מוסכם על הכל כי הקניין בחוק היסוד אינו מוגבל לזכויות הקנייניות בלבד. אכן, לא הרי הקניין במובנו החוקתי כהרי הקניין במובנו במשפט הפרטי (ראו ע"א 10608/02 הזימה נ' אגף המכס והמע"מ, פ"ד נח(3) 663, 671; להלן – פרשת הזימה). על כן כולל המושג החוקתי של הקניין גם את הזכות לחזקה ואת הזכויות האובליגטוריות (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 431 וכן ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", הפרקליט מב 258 (1995); מ' דויטש, קניין 243 (כרך א', 1997); א' יורן, "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית", משפטים כח 443 (1997). באחת הפרשות נפסק כי הדיבור קניין בחוק היסוד כולל בחובו קיצבת זיקנה (ראו בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 739). על רקע זה נקבע כי הקניין במובנו החוקתי משמעותו זכות רכושית, בין זכות חפצא ובין זכות גברא. בית משפט זה עמד על כך בפרשת המועצה האזורית חוף עזה, בצינינו:

"ה'קניין' בהוראה זו משתרע על כל זכות רכושית. חוק היסוד מגן על פגיעה ברכושו של אדם. נמצא כי ההגנה על הקניין משתרעת לא רק על זכויות 'קנייניות' כגון בעלות, שכירות וזיקת הנאה, אלא גם על זכויות 'אובליגטוריות' בעלות ערך רכוש" (שם, עמ' 582).

גישתנו זו למושג החוקתי של הקניין מקובלת במרבית המדינות בהן הקניין זוכה למעמד חוקתי (ראו ויסמן, הגנה חוקתית לקניין, שם, עמ' 268; ראה גם לן דן ולט, שם, עמ' 22). בהקשר זה יש לציין כי ציפייה אינה יוצרת קניין ופגיעה בציפייה אינה פגיעה בקניין. לא כל פעילות שלטונית המורידה את ערכו של הרכוש פוגעת בקניין (ראו רע"א 3527/96 אקסלברד נ' מנהל מס רכוש – אזור חדרה, פ"ד נב(5) 385, 408; בג"ץ 7138/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 709, 717; בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 49, 65; בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם)).

10. מיהו בעל זכות הקניין? חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי אין פוגעים בקניינו של "אדם" (סעיף 3). עולה מלשון ההוראה, כי המעמד החוקתי לקניין אינו מוגבל אך לתושב או לאזרח. בכך שונה זכות הקניין מחופש העיסוק. חוק-יסוד: חופש העיסוק מעניק מעמד חוקתי לחופש העיסוק ל"אזרח או תושב" (סעיף 3). אך האם נתונה זכות חוקתית לקניין לאישיות משפטית שאינה בן-אדם? זוהי שאלה פרשנית. תשובה לה לא תימצא בהוראת סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, לפיה "מקום שמדובר באדם – אף חבר-בני-אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד". הטעם לכך הוא, שאין בכוחה של הוראת חוק (רגיל) לקבוע את פרשנותה של הוראה בחוק יסוד (ראו פרשת אבני, עמ' 210; בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446, 457). חוזרת, איפוא, השאלה למקומה: האם "אדם" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מוגבל אך לבן-אדם בשר ודם? האם הדיבור "אדם" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל גם על תאגיד מהמשפט הפרטי? התשובה הפרשנית היא בחיוב. "אדם" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו רק בן-אדם. הדיבור "אדם" בחוק היסוד כולל גם אישיות משפטית שאינה בן-אדם, ובלבד שמהותה של הזכות המוענקת בחוק היסוד וטבעה של האישיות המשפטית שאינה אדם, עולים בקנה אחד עם מסקנה זו. גישה זו מתבקשת מפרשנותו התכליתית של חוק היסוד (ראו א' ברק, פרשנות במשפט 438 (כרך שלישי, 1994)). היא מקובלת במשפט החוקתי ההשוואתי (ראו, M. Emberland, The Human Rights of Companies: Exploring The Structure of ECHR Protection (2006)). הטעמים לכך הם מספר. ראשית, מאחורי כל אישיות

משפטית מסתתר, בסופו של דבר, בן-אדם. הוצאת האישיות המשפטית שאינה בן-אדם מתחום המעמד החוקתי של זכויות האדם, תיפגע קשות בבני האדם. שנית, הזכות להתאגד – שאף היא זכות חוקתית – תתרוקן מכל תוכן ממשי, אם התאגיד אשר יקום לא ייחנה מזכויות חוקתיות. לבסוף, הפעילות באמצעות גופים משפטיים שאינם בני אדם היא אלמנטרית בחברתנו. אין להלום חברה מודרנית בלעדיהם. מניעת זכויות אדם מגופים אלה תיפגע קשות במירקם החיים המודרניים (ראו First National Bank of S.A. Ltd t/a Westbank v. Commissioner South African Service, 2002 (4) SA (CC) 708). על כן, נהנית אישיות משפטית שאינה בן-אדם, כגון תאגיד המוציא לאור ספר או עיתון, מחופש הביטוי החוקתי. כמובן, לעתים מעצם מהותה של הזכות מתבקש כי היא מוענקה רק לבן-אדם. כך, למשל, ההוראה לפיה "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה" (סעיף 5) אינה חלה, מעצם מהותה, על מי שאינו בן-אדם. יתכנו כמובן מקרי גבול, אשר ההכרעה בהם אינה מתעוררת בענייננו. על רקע גישה זו, מתבקשת המסקנה כי זכות הקניין היא זכותו של כל אדם, בין אדם בשר-ודם (בן-אדם) ובין אישיות משפטית שאינה בן-אדם, כגון תאגיד מסחרי. אכן, מהותה של זכות הקניין מזה וטבעה של האישיות המשפטית שאינה בן-אדם מזה מובילים שניהם למסקנה כי האישיות המשפטית, כגון חברה מסחרית, נהנית מהאפשרות להוות בעלת זכות חוקתית לקניין. אין בכך, כמובן, כדי למנוע מצב דברים שבו היקף ההגנה (במסגרת פסקת ההגבלה) הניתנת לאישיות המשפטית שאינה אדם יהיה שונה מהיקף ההגנה הניתנת לבן אדם.

מן הכלל אל הפרט

11. הבנק העותר הינו "אדם" לעניין ההגנה החוקתית על הקניין. האם עמד הבנק העותר בנטל המוטל עליו לבסס את הפגיעה בקניינו? זכותו של הבנק העותר לתשלום בגין פרעון מוקדם של ההלוואה על ידי לווה מהאזור עוגנה בחוזה ההלוואה. הוראה טיפוסית בחוזה ההלוואה בין הבנק העותר לבין הלווים מהאזור, היא זו:

"5. פרעון ההלוואה

(ט) הלווה יהיה רשאי לפרוע את ההלוואה במלואה או בחלקה, לפני מועד פרעונה אך ורק בכפיפות להוראות סעיף 13 לפקודת הבנקאות 1941 וצו הבנקאות (עמלות פרעון מוקדם), התשס"ב-2002 כפי שתוקנו ויתוקנו מפעם לפעם ו/או כל חיקוק שיבוא במקום החיקוקים הנ"ל; ובמידה שלא תעמוד ללווה זכות על פי חוק לפרוע את ההלוואה פרעון מוקדם, יהיה הלווה רשאי לעשות כן אך ורק בהסכמת הבנק בכתב ומראש ובכפוף לתנאים שייקבעו על ידי הבנק. כל סכום



שישולם בפרעון מוקדם חלקי יגרום לקיצור תקופת ההלוואה ולא להקטנת התשלומים החודשיים, אלא אם יבקש הלווה אחרת. כל סכום שישולם לבנק לפני מועד פרעונו שלא בהתאם לאמור לעיל, ייחשב כפיקדון, ללא ריבית וללא הצמדה, לשם תשלום במועדו של אותו סכום. למען הסר ספק מובהר בזה כי הבנק דורש, והלווה מתחייב לשלם, את מלוא הסכום המירבי של כל העמלות שהבנק יהיה רשאי לדרוש, מפעם לפעם, על פי כל חיקוק במקרה של פרעון מוקדם של ההלוואה, במלואה או בחלקה, אלא אם ובמידה שנקבע אחרת, במפורש, בהסכם זה, או במסמך חתום בידי הבנק; וכל הוראות הסכם זה החלות על ההלוואה יחולו גם על כל עמלה כאמור."

על פי הוראה זו נתונה לבנק המלווה זכות (חוזית) לעמלה בגין פרעון מוקדם של הלוואה, בכפוף לחיקוקים התקפים בעת הפרעון. מספר חיקוקים עוסקים בסוגיה. לפי סעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, "חיוב יכול שיקויים לפני מועדו, ובלבד שהודיע החייב לנושה על כך זמן סביר מראש והדבר לא יפגע בנושה"; סעיף 13(ב) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, מעניק זכות לחייב להקדים ולקיים את החיוב ולמרוק את הנכס מן המשכון (השוו, סעיף 88 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969). הסדרים אלה ניתנים להתנאה. לצידם נחקקו הוראות מיוחדות, שהן בבחינת דין כופה, בקשר לדירות מגורים. לפי פקודת הבנקאות, 1941, כפי שתוקנה בשנת 1981, חייב הבנק לאפשר פרעון מוקדם לכל הלוואה לשם רכישת דירת מגורים או הלוואה המובטחת במשכון דירת מגורים. הבנק רשאי, עם זאת, לגבות עמלת פרעון מוקדם בשיעור שיקבע נגיד בנק ישראל. צו הבנקאות (עמלות פרעון מוקדם), התשמ"ב-1981, הגביל את שיעור העמלה לה זכאי המלווה לערכם של תשלומי הריבית בעבור ששה חודשים. בשנת 1989 הועלה שיעור העמלה בצורה משמעותית (ראו גם חוק הבנקאות (עמלת פרעון מוקדם) (הוראת שעה), התשנ"ג-1993; בג"ץ 3627/90 בראשי נ' נגיד בנק ישראל, פ"ד מז(1) 109). שיעור העמלות התקף לעת הזו מוסדר בצו הבנקאות (עמלות פירעון מוקדם), תשס"ב-2002. עקרונית, עמלת הפרעון המוקדם כוללת שלושה רכיבים (סעיף 3 לצו):

"(1) עמלה תפעולית שלא תעלה על 60 שקלים חדשים;

(2) נתן הלווה הודעה מוקדמת של פחות מעשרה ימים - עמלה בגובה עשירית האחוז מהסכום הנפרע; ואולם אם נתן התאגיד הבנקאי הלוואה לצורך הפירעון המוקדם, לא תיגבה העמלה האמורה בפסקה זו ביחס לסכום ההלוואה החדשה שנתן;

(3) היה שיעור הריבית הממוצעת נמוך משיעור הריבית על ההלוואה - עמלה בגובה ההפרש שבין התשלומים העתידיים שהלווה חפץ לפרוע בפירעון מוקדם, כשהם מהוונים לערך הנוכחי ביום הפירעון המוקדם על פי הריבית הממוצעת, לבין אותם תשלומים, כשהם מהוונים לערך הנוכחי ביום הפירעון המוקדם על פי הריבית החלה ביום הפירעון המוקדם".

הרכיב השלישי הינו המשמעותי ביותר. היקפו נקבע על פי משתנים רבים ובראשם "הריבית הממוצעת" שמפרסם המפקח על הבנקים. בעיקרו של דבר, גובה העמלה הוא ההפרש בין סכום הריבית אותו אמורה הייתה ההלוואה הנפרעת להניב לבנק עד ליום הפירעון המוסכם בחוזה לבין הסכום אשר צפוי הבנק לקבל אם ילווה את הסכום הנפרע ללווה אחר בריבית הנוהגת במשק בעת הפירעון המוקדם. עמלת פרעון מוקדם עניינה אובדן התשואה למלווה על הסכום הנפרע. היא נועדה למנוע את הכדאיות של פרעון הלוואה "יקרה" באמצעות נטילת הלוואה "זולה".

12. עמלה זו נשללה על ידי הוראת סעיף 102(ב) לחוק יישום ההתנתקות. ההוראה שוללת גביית "קנס או תשלום בשל פירעון מוקדם של הלוואה". אין בידי לקבל את טענת המשיבים לפיה יש לראות בהוראת סעיף 102(ב) משום חיקוק נוסף אליו הוכפף ההסדר החוזי בין הבנק לבין הלווה, כך שאין בה למעשה משום פגיעה בזכויות החוזיות של הבנק המלווה. לטעמי, ההוראה בסעיף 102(ב) לחוק יישום ההתנתקות חורגת מגדרו של תיקון לחיקוקים המסדירים את עמלת הפרעון המוקדם. המדובר בהוראה חיצונית, ששוללת באופן מלא, נקודתי, את עמלת הפרעון המוקדם. בכך פוגעת ההוראה בזכותו החוזית של הבנק המלווה. פגיעה זו מהווה פגיעה בקניינו של הבנק המלווה. אמת, הפגיעה בזכות הקניין של הבנק אינה משמעותית ומהותית. הזכות החוזית מעוצבת, במידה רבה, על ידי חיקוקים המתעדכנים מעת לעת. היקפה של העמלה נקבע על פי משתנים רבים שאינם בשליטת הצדדים. בנוסף, סכומי העמלה אינם גבוהים במיוחד. במספר מקרים, עם קבלת הפיצויים, הפרעון על ידי הלווה מהאזור הוא במועדו, ולא מוטלת כלל עמלה של פרעון מוקדם. במקרים אחרים, הלווים לא יבקשו לפרוע את ההלוואה בפרעון מוקדם. זאת ועוד, צו הבנקאות (עמלות פרעון מוקדם), התשס"ב-2002, מגביל את זכותו של המלווה לעמלה. ברם, אף אם ניקח את כל אלה בחשבון, עדיין נפגעת זכותו החוזית של הבנק המלווה. פגיעה זו אינה פגיעה של "מה בכך". רק זו האחרונה שוללת את הפגיעה החוקתית (השוו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 431; פרשת הופנונג, עמ' 69). משקבענו כי הזכות החוקתית נפגעה, עלינו לעבור לשלב הבחינה השני, שעניינו חוקתיות הפגיעה.

השלב השני: האם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין?

13. זכויות האדם אינן "מוחלטות". הן "יחסיות". משמעותה של היחסיות הינה, בין השאר, כי זכות האדם אינה מוגנת כדי מלוא היקפה. לשם הגנה על מכלול זכויות האדם ולשם קידום של יעדים ואינטרסים חברתיים, מכירה הדמוקרטיה החוקתית באפשרות החוקתית לפגוע כדין בזכות האדם. אכן, זכויות אדם חוקתיות אינן זכויות אדם באי בודד. הן זכויות אדם כחלק מחברה שיש לה יעדים לאומיים. על כן, אנו מבחינים בין גדריה החוקתיים של הזכות (היקפה הפנימי; התחום המכוסה על ידיה; תוכן הזכות) לבין מידת ההגנה הניתנת לה (מגבלות חיצוניות; אפשרות הגשמתה של הזכות; יכולת הפגיעה כדין בזכות). אכן, המבנה החוקתי אינו מבוסס אך ורק על זכויות אדם או אך ורק על סמכות שלטונית. המבנה החוקתי מבוסס על איזון ראוי בין שני אלה. "חברה דמוקרטית שוחרת חופש מכירה מחד גיסא בהיקפן של זכויות האדם על פי מהותן הפנימית, אך מאידך גיסא, היא אינה מגינה על זכויות האדם כדי מלוא היקפן" (פרשת שינוי; ראו גם בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיו אינק נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 33; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 296). באיזון זה נלקחים בחשבון הן זכות האדם והן הצורך בהגבלתה. שני צידי המאזניים משקפים את ערכיה של המדינה. הן הזכות החוקתית והן ההגבלות המוטלות ניזונות מעקרונות היסוד עליהם בנויים חוקי היסוד עצמם (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 433). אכן, הזכות החוקתית והפגיעה כדין בה יונקים ממקור משותף.

14. איזון זה בין זכות האדם לבין הפגיעה בה מוצא את ביטויו בערוצים שונים. כך, למשל, מקום שהזכות (כגון פרטיות) והערך הנוגד לה (כגון פומביות הדיון) מעוגנים שניהם בחוק-יסוד (אם חוק יסוד אחד או חוקי יסוד נפרדים) נמצא האיזון הראוי באמצעות הכלים הפרשניים. אלה פותרים ניגוד בין נורמות מתנגשות המצויות ברמה חוקתית שווה. פתרון זה לא יהא לרוב בביטולו של אחד ההסדרים – על פי הכלל הפרשני כי ההסדר המיוחד או המאוחר בזמן גובר – אלא בנסיון לאזן בין ההסדרים המתנגשים, תוך הכרה בויתורים הדדיים של כל אחד מהם (ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 537). ערוץ אחר בו נקבע האיזון הראוי בין הזכות לערך הנוגד לה הוא זה הקבוע בפסקאות ההגבלה (החקוקות או השיפוטיות). אלה חלות במקום שהזכות מעוגנת בחוק-יסוד ואילו הערך הנוגד לה אינו מעוגן בחוק-יסוד, כגון בחוק "רגיל" של הכנסת.

15. זכות הקניין אינה זכות מוחלטת. כשאר זכויות האדם, אף היא זכות "יחסית". היקפה של זכות הקניין, כלומר התחום המכוסה על ידה ברמה החוקתית, נקבע על פי פירושה החוקתי של הזכות. פירוש זה קובע תוכנה של זכות הקניין. הוא מושפע מהערכים והעקרונות שהם פנימיים לזכות. הוא משקף את הבנתה של החברה, את מהות הקניין ברמתו החוקתית. ההגבלות החוקתיות על זכות זו ואפשרויות הגשמתה הלכה למעשה, נקבעו על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. יכולת הפגיעה בזכות הקניין נקבעת על ידי פירוש הוראותיה. היחס הראוי בין זכות הקניין לבין אפשרות הפגיעה בה מבטא את תפיסתה של החברה באשר למידת החירות שיש ליתן לבעל הקניין לעומת הערכים החברתיים אשר הגשמתם מחייבת הגבלתה של הזכות. בצדק ציין השופט א' ריבלין כי "ההגנה על זכות הקניין... אינה אבסולוטית, ותכופות נגזר עליה להתמודד עם ערכים מתחרים עד שתבוא לכלל האיזון הראוי" (פרשת הזימה, עמ' 671). איזון זה מוצא ביטויו בפסקת ההגבלה החקוקה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק  
ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית  
ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק  
כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

על-פיה ניתן עקרונית להגביל את זכות הקניין משיקולים של תכנון ובניה, ואף להפקיע הקניין (כולו או חלקו) לצרכי ציבור. במספר פסקי דין צויין כי הקניין מטיל חובות של אחריות חברתית על בעליו. הגשמתן של חובות אלה מהווה הגבלות כדין על זכות הקניין, אשר היקפן ייקבע במסגרתה של פסקת ההגבלה (ראו, ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ובניה קרית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629, 650; ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817, 882, 883; ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 937).

מן הכלל אל הפרט

16. האם סעיף 102(ב) לחוק יישום ההתנתקות מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה? האם עמדה המדינה בנטל המוטל עליה להראות כי הפגיעה בקניינו של בעל זכות הקניין היא כדין? מבין תנאיה השונים של הוראה זו, נטען בפנינו כי שניים אינם מתקיימים: לטענת הבנק-העותר, תכליתו של החוק אינה ראויה, והפגיעה בזכות הקניין של הבנק-העותר היא במידה העולה על הנדרש. לבחינתן של שתי טענות אלה נעבור עתה.

17. סעיף 1 לחוק יישום ההתנתקות קובע את מטרותיו של החוק:

"מטרת החוק

1. חוק זה מטרתו להסדיר את הענינים שלהלן, לשם יישום תכנית ההתנתקות:

(1) פינוי ישראלים ונכסיהם מחבל עזה ומשטח בצפון השומרון, בהתאם להחלטות הממשלה;

(2) מתן פיצויים הוגנים וראויים, בנסיבותיו המיוחדות של הענין, מאוצר המדינה, לזכאים לכך לפי חוק זה;

(3) סיוע לזכאים לכך לפי חוק זה בתהליך הפינוי ובמעבר למקומות מגורים ותעסוקה חדשים;

(4) העתקת מקומות מגורים של קבוצות מתיישבים והעתקת אגודות שיתופיות התיישבותיות למקומות חלופיים, לפי הוראות חוק זה."

האם תכלית זו ראויה היא? בפרשת המועצה האזורית חוף עזה עמדנו על משמעותה של הדרישה בפסקת ההגבלה כי פגיעה בזכות האדם תהא ל"תכלית ראויה". צויין כי "בחינת השאלה אם התכלית היא 'ראויה' נעשית בהקשר של הפגיעה בזכות האדם המוגנת בחוק היסוד" (שם, עמ' 548). באותה פרשה נבחנה השאלה אם תכליתו של חוק יישום ההתנתקות היא ראויה בהקשר של הפגיעה בזכותם של הישראלים המפונים. על שאלה זו נתן בית המשפט העליון תשובה חיובית:

"התכליות המדיניות, הלאומיות והביטחוניות שעליהן מבוססת תכנית ההתנתקות הן כבדות משקל. הן נועדו להגשים מה שנראה לכנסת ולממשלה כצורך חברתי חיוני ומהותי שיש בו, אם אמנם יתממש, כדי להצדיק פגיעה בזכויות האדם של הישראלים המפונים. אכן, השגת שלום, ביטחון, הכרה בין-לאומית וכיוצא באלה הישגים שמונחים ביסוד תכליתו של חוק יישום ההתנתקות הם ביסוד הקיום הלאומי" (שם, עמ' 570).

תשובה זו תופסת גם לעניין הפגיעה בזכויותיהם של מי שעמדו בקשר חוזי עם תושבים ישראלים מפונים, כגון הבנק העותר. התכלית שעמדה ביסוד חוק יישום ההתנתקות היא תכלית כללית ורחבה. היא משתרעת על כל היבטיו של החוק. היא משתרעת על ההיבט של הפינוי ועל ההיבט של הפיצוי. היא מהווה תכלית לבחינת חוקתיותן של כלל פגיעותיו של החוק. אכן, בפרשת המועצה האזורית חוף עזה ראינו בתכליות המדיניות, הלאומיות והביטחוניות של החוק כתכלית המונחת ביסוד כל ההסדרים הפרטניים של החוק. על רקע זה נראה לי כי התכליות המדיניות, הלאומיות והביטחוניות המונחות ביסוד חוק יישום ההתנתקות הן תכליות ראויות לא רק לעניין הפגיעה בזכות הקניין של הישראלים המפונים, אלא גם לעניין הפגיעה בזכות הקניין של מי שעמד עימם בקשר חוזי. אין לנתק בין אלה לאלה.

18. טענת הבנק העותר הינה כי תכלית החוק לעניין הפגיעה בזכות הקניין שלו הינה להטיל המעמסה הכספית של פגיעה זו על הבנק העותר ולא על המדינה. לגישתו, תכלית זו אינה ראויה. אין בידי לקבל גישה זו. תכליתו של חוק יישום ההתנתקות אינה להטיל המעמסה הכספית של פגיעה בקניין העותר עליו ולא על המדינה. תכלית החוק הינה להגשים את מטרות היסוד שבפינוי ישראלים ונכסיהם מהשטח המפונה, תוך מתן פיצויים הוגנים וראויים (ראו סעיף 1 לחוק). תכלית זו ראויה היא (ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 570, 621). אשר לפגיעה בזכותו של הבנק העותר, אין היא תכליתו של החוק אלא תוצאתו של החוק. חוקתיותה של תוצאה זו נקבעת על פי מידתיותה. לבחינה זו נעבור עתה.

“במידה שאינה עולה על הנדרש”

19. פגיעה בזכות חוקתית אינה כדין אם היא אינה מידתית. זהו מבחן של “מינון” (השופט א' גולדברג בפרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 574; ראו גם פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסקה 57 לפסק דיני). קיומה של המידתיות מותנה בקיומם של שלושה מבחני משנה: הראשון, כי קיים קשר של התאמה (קשר רציונלי) בין התכלית הראויה (המטרה) לבין ההסדרים שהחוק קובע להשמתה (האמצעים); השני, כי מבין האמצעים העומדים לרשות המחוקק נבחר אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. יש לבחור, מבין האופציות הסבירות העומדות לרשות המחוקק, את זו הפוגעת פחות; השלישי, כי האמצעי שנקט על ידי החוק והפוגע בזכות האדם חייב לקיים יחס ראוי בין האמצעי למטרה (מידתיות במובן הצר). עניינו של מבחן זה הוא בקיומו של מיתאם ראוי בין התועלת שהחוק מביא לנזק שהוא גורם (ראו פרשת

המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 550; פרשת עדאלה, פסקה 74 לפסק דיני). קיומם של שלושת מבחני המשנה אינו מוביל בכל מקרה לפתרון אחד ויחיד. לעתים ניתן לקיים את דרישת המידתיות בדרכים שונות. נוצר מעין "מיתחם מידתיות", או "מיתחם הגבלה". הבחירה בתוך המיתחם נתונה למחוקק. זהו תפקידו על פי עקרון הפרדת הרשויות (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 438; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 280; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 550).

20. טענת הבנק-העותר הינה כי הפגיעה בזכותו לפרעון מוקדם אינה מקיימת את מבחנה המשולש של המידתיות. ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי תכליתו של חוק יישום ההתנתקות אינה ראויה, וממילא האמצעים שנבחרו על ידי החוק אינם מידתיים. משדחינו את טענתו של הבנק העותר בעניין התכלית הראויה, ממילא נדחית טענתו בעניין המידתיות. ממשיך הבנק העותר וטוען שגם אם תכליתו של החוק ראויה, פגיעתו בזכויותיו אינה מידתית. לטענתו, מבחן המשנה הראשון (קשר רציונלי) אינו מתקיים, שכן אין כל קשר רציונלי בין התכלית של פינוי הישראלים לבין הטלת המעמסה הכספית של הפרעון המוקדם על הבנק המלווה. מבחן המשנה השני (האמצעי שפגיעתו פחותה) אינו מתקיים, שכן קיים אמצעי שמבטיח את זכויות הלווים בלא לפגוע במלווה. אמצעי זה הינו הטלת המעמסה הכספית של הקדמת הפרעון על קופת המדינה ולא על המלווים. גם מבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר) אינו מתקיים, שכן "הנטל הכספי האישי על כל לווה הפורע פרעון מוקדם אינו רב, ואילו הבנק מצוי בסיכון לצבור נזק רב בשל מכלול הפרעונות המוקדמים" (סעיף 55 לעתירה).

21. טענותיו של הבנק-המלווה לעניין המידתיות אינן מבוססות כלל ועיקר. לדעתנו, הפגיעה של ביטול עמלת הפרעון המוקדם בזכותו הקניינית של הבנק-העותר הינה מידתית. אשר למבחן המשנה הראשון נציין כי קיים קשר רציונלי בין ביטול עמלת הפרעון לבין הבטחת פיצוי כספי נאות לישראלים אשר פונו מהשטח המפונה. בצדק ציינה באת כוח המדינה בתשובה כי ביטול העמלה מקל על הישראלים המפונים מבחינה כלכלית, חוסך מהם התנהלות מול הבנקים-המלווים, ומאפשר להם לבחור באופן מלא את הדרך הנוחה והמתאימה להם בנסיבות העניין.

22. אשר למבחן המשנה השני נציין כי הטלת המעמסה הכספית של ביטול העמלה, יש בה משום בחירה באמצעי שפגיעתו פחותה. בעניין זה אין להשקיף אך על ביטול עמלת הפרעון המוקדם. יש לבחון את מלוא ההסדרים בעניין החובות המובטחים. בית משפט זה עמד על כך בפרשת המועצה האזורית חוף עזה בצינו, כי בחינת הפיצוי

”מחייבת בחינה כוללת המשקיפה על התמונה כולה ‘ממעוף הציפור’ של מכלול ההסדרים שבחוק” (שם, עמ’ 592). דברים אלה כווננו לעניין הפיזיו הכספי הניתן לישראלים המפונים. גישה זו יפה גם לעניין בחינת הפגיעה בזכות הקניין של המלווים. בהסתכלות כוללת זו יש לאזן בין הפגיעה במלווים שעמלת הפרעון המוקדם נשללת מהם, לבין היתרונות שהפינוי המוקדם מעניק להם. על יתרונות אלה ניתן לעמוד, בין השאר, מהוראת פרק ו’ לחוק יישום ההתנתקות, המסדיר את עניינם של החובות המובטחים. במסגרתו של פרק זה, הוראת המפתח מצויה לענייננו, בהוראת סעיף 91 לחוק. הוראת סעיף 91(א) קובעת כי מקום בו קיים נושה מובטח לו זכות לגבי בית המגורים של הזכאי בשטח המפונה, יעברו לחשבון הזכאי כספי הפיזיויים, למעט הסכום לו זכאי המתיישב בגין בית המגורים בשטח המפונה, על פי מסלול א’ של החוק או יתרת החוב המובטח שטרם נפרעה, לפי הנמוך. ביחס לסכום האמור קיימות על פי הוראת סעיף 91(ב) לחוק שלוש אפשרויות: האחת, הנושה הסיר את השיעבוד ואז הכספים כולם מועברים לחשבון הזכאי; השניה, הנושה והזכאי הגיעו ביניהם להסכמה מה יעשה עם הכספים ואז המינהלה לסיוע למתיישבי חבל עזה וצפון השומרון וליישום תוכנית ההתנתקות תפעל בהתאם להסכמה. השלישית, הנושה והזכאי לא הגיעו ביניהם להסכמה. במקרה זה קובע סעיף 91(ב)(3) לחוק כי יפתח חשבון בנק מיוחד למטרה זו בלבד, בו יופקד הסכום המובטח. עוד נקבע כי החשבון המיוחד ישועבד לטובת הנושה המובטח בהתאם לדרגת שיעבודו, להבטחת החוב המובטח וכי לא ניתן יהיה למשוך כספים בחשבון אלא בהסכמת הנושה. הסדר זה משפר את מעמדו של הנושה המובטח. עמדה על כך באת כוח המדינה בתשובתה:

”ראשית, החוק מסדיר באופן ברור ומפורט את המעבר מן הבטוחה הקרקעית המתבטלת בגין על פי סעיף 28 לחוק לבטוחה הכספית, וזאת מבלי שהנושה צריך ‘לרדוף’ אחרי הזכאי על מנת לזכות בתחליף הולם לבטוחה שבוטלה. בכך נחסכים מן הנושה הליכים משפטיים רבים ועלויות כלכליות רבות שעלולות היו להיכרך בהבטחת זכויותיו.

שנית, המדובר בבטוחה שרמת הודאות שהיא מקנה לנושה גדולה פי כמה מרמת הודאות שהיקנתה לנושה הבטוחה הקרקעית בשטח המפונה. בנוסף לכך, מימוש בית מגורים הינו הליך מורכב וממושך, הכרוך אף בהוצאות, מה שאין לגבי מימוש בטוחה כספית.

שלישית, במקרים רבים, שיעורו של הסכום המובטח עולה על ערך הבית המפונה אילו היה נמכר עובר להתנתקות מקונה מרצון למוכר מרצון” (עמ’ 9).



נמצא, כי בצד הפגיעה בבנק המלווה הנגרמת על ידי ביטול עמלת הפרעון המוקדם ואף על ידי ביטול הבטוחה עצמה (דבר שעליו לא הלין העותר) יש להעמיד את היתרונות הניכרים הנגרמים מהעמדת בטוחה כספית לרשות הבנק המלווה. ההסדר עם הנושים מבוסס על אמות מידה כלליות לעניין הבטוחות על בתי מגורים בשטח המפונה. בהקשר זה יש להביא בחשבון את חולשתן היחסית של הזכויות הקנייניות שהיו בידי המתיישבים באיזור, זכויות שהיו כפופות כל העת לקיומו של הממשל הצבאי מכח דיני התפיסה הלוחמתית ולסמכותו של הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש לסיים את חוזה החכירה שנכרתו עם רבים מהמתיישבים (ראו, פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 533). כן יש להביא בחשבון את חוסר הבהירות בשאלת שווי הזכויות בנכסים באזור המפונה, על רקע הכפיפות לקיומו של ממשל צבאי ועל רקע העימות המזוין שהביא לירידה ניכרת בערכם. על רקע כל אלה, העמדת בטוחה כספית לרשות הבנק המלווה מהווה גורם מאזן כנגד שלילת עמלת הפרעון המוקדם. אמנם, עשויים להיות מקרים פרטניים, בהם החוק שיפר את מצבו של הנושה; ועשויים להיות מקרים, בהם החוק הרע את מצבו. אך בהסתכלות כוללת, הנדרשת בעניין שלנו, בין היתר לאור היקפי הנשייה של הבנקים המלווים, נראה לנו כי ההסדר שנקבע בחוק יישום ההתנתקות ביחס למעמדם של הנושים הוא ראוי. נוצר איזון ראוי ויעיל במעמדם של הנושים, תוך התייחסות לנסיבות הפיננסי ולטיבן ושוויין של הזכויות שהיו ללווים במקרקעין ערב הפינוי. איזון זה מקיים את תנאי המשנה השני של מבחן המידתיות. בהתחשב בהטבות הניתנות למלווים-בעלי-הבטוחות, אין צידוק להטיל על קופת המדינה את ההפסד הנגרם בשל ביטול עמלת הפרעון המוקדם. על כל פנים, בוודאי ניתן לומר כי כפות המאזניים הן מאויינות. במצב זה הבחירה בין האפשרות של מתן הטבות למלווים-בעלי-הבטוחות הניזוקים בגין ביטול עמלת הפרעון המוקדם או האפשרות של הימנעות מכל הטבה תוך תשלום ההפסד הנגרם בשל ביטול העמלה, נופלת למסגרת מיתחם המידתיות. האחריות החוקתית לבחירה זו של אפשרויות חוקתיות נתונה לרשות המחוקקת.

23. נותר מבחן המשנה השלישי, שעניינו המידתיות במובן הצר. זהו מבחן ערכי. "הוא מחייב העמדת הערכים והאינטרסים המתנגשים אלה מול אלה ואיזון ביניהם על פי משקלם" (פרשת עדאלה, פסקה 74 לפסק דיני). מבחן משנה זה "משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתו של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות" (שם, פסקה 75). בהעמידנו מבחן זה לנגד עינינו, מתבקשת המסקנה כי הוא מתקיים בענייננו. הפגיעה בזכות הקניין של הבנק-המלווה אינה חמורה כלל ועיקר.

היא מידתית ביחס לתועלת הצומחת ללווים המשתחררים מעמלת הפרעון המוקדם. בצדק ציינה באת כוח המדינה כי "התועלת שתצמח למתיישב מביטול העמלה היא גבוהה ביותר... ביטול העמלה מקל על החייב הן מבחינה אישית והן מבחינה כלכלית בתקופה הקשה בה הוא נדרש להעתיק את מרכז חייו אל מחוץ לשטח המפונה. לעומת זאת, הפגיעה בקניין העותר כתוצאה מביטול עמלת הפרעון המוקדם הינה פגיעה לא משמעותית. יתרה מזו, אל מול פגיעה זו יש לקחת בחשבון את היתרונות שהיקנה המחוקק לנושים המובטחים בייחודו את כספי הפיצויים כבטוחה חלופית להבטחת החובות המובטחים" (תגובה מקדמית מטעם המשיבים, פסקה 60).

התוצאה היא כי דין העתירה להידחות. העותר יישא בהוצאות המשיבים בסכום כולל של 50,000 ₪.

הנשיא (בדימ')

הנשיאה ד' ביניש:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק.

ניתן היום, כ"ז באלול התשס"ו (20.09.2006).

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה

הנשיא (בדימ')